

【意見書】 人権条約と「在留特別許可」問題

荒 牧 重 人

はじめに

本意見書は、〔付記〕の事件（以下、「本件」と略す。）について、人権条約、とりわけ国際人権規約（経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約〔昭和54年8月4日条約第6号、以下「社会権規約」と略す。〕、市民的及び政治的権利に関する国際規約〔昭和54年8月4日条約第7号、以下「自由権規約」と略す。〕）、およびとりわけ児童の権利に関する条約（平成6年5月16日条約第2号、以下「子どもの権利条約」と略す。）等の関連条項の適用につき、意見を申し述べるものである。

なお、これまで類似の事案の「意見書」で述べたことを繰り返し強調しなければならないことは、国の主張がこの間の人権条約に関わる理解の進展、さらには国内法にも少しずつ影響を与えている事態を十分に踏まえていない証左である。

〔付記〕

この原稿は、以下の事件に関わって、東京地方裁判所に提出した「意見書」（2020年5月21日）である。

- ①平成30年（行ウ）第463号、同第470号乃至第473号在留期間更新申請不許可処分取消等請求事件
- ②平成30年（行ウ）第579号、同第601号乃至604号在留特別許可をしない処分撤回義務付け等請求事件
- ③平成30年（行ウ）第581号、同第597号乃至第600号在留特別許可をしない処分無効確認等請求事件
- ④平成30年（行ウ）第583号、平成31年（行ウ）第24号乃至第27号在留特別許可をしない処分無効確認等請求事件

この原稿の作成にあたって、国連・子どもの権利委員会に関する情報については、筆者の長年にわたる国際活動のパートナーであり、子どもの権利委員会について最も詳しい平野裕二氏のお世話になった (<https://w.atwiki.jp/childrights/sp/>)。また、クルド難民弁護団、とりわけ田島浩弁護士にもいろいろ意見をもらった。記して、感謝申し上げる。

なお、この「意見書」の性格上、注は最小限にし、本文のなかで（ ）に入れることにしている。

第1 本意見書で取り上げる人権条約と国の主張の問題点

一 人権条約等から指摘しうる国の主張の問題点

国の主張については、原告側の弁護団の「訴状」等において、学会や国際社会の水準をふまえながら的確に指摘されていると評価しうるので、本意見書においては、最新の状況を踏まえて、とくに以下の諸点について留意しながら論じることにする。

第1に、国の主張がその内容を明示することもなく、所与の前提として論じている「国際慣習法」にかかわる問題である。国際慣習法はたしかに、外国人の出入国および在留について国家に広範な裁量権を認めているが、とくに近年では、これらの領域でも人権条約が一定の制限を課すようになっている。人権条約を批准するということは、国家が従来持っていた権限について人権条約の趣旨や規定により制限されることを受け入れるということである。本件のように、追放によって家族や子どもの利益が侵害される場合や追放対象者が追放先で非人道的に取り扱われるおそれがある場合などに、退去強制が禁止されるのである。これらの分野において、人権条約が設置した委員会（以下、「人権条約委員会」と総称する。）等は、従来の国際慣習法の存在を認めながらも、人権条約等を適用するので、その範囲で当該国際慣習法は修正されているのである。そもそも、国の主張はこの点について認識できていない。

また、在留特別許可にかかわる法務大臣の広範な裁量は、在留特別許

可の付与基準を明確にしていないなどの出入国管理及び難民認定法の規定にもよるが、批准をしている人権条約は当該法よりも上位の法であるので、国内法に定めがない場合あるいは国内法と条約の規定とが異なる場合などは条約の規定が法務大臣や審査官の判断を拘束することになるのである。国の主張は、人権条約の国内法上の位置と効果を十分に認識できていない。

この点にかかわって、第2に、人権条約が課している制限の内容についてである。つまり、本件にかかわって原告に人権条約が保障している権利の内容とそれらの権利を裁判所が援用する仕方にも関わる問題である。

なお、法務省入国管理局が2009（平成21）年7月に改訂した「在留特別許可に係るガイドライン」において、「特に考慮する積極要素」として、「当該外国人が、本邦の初等・中等教育機関（母国語による教育を行っている教育機関を除く。）に在学し、相当期間本邦に在住している実子と同居し、当該実子を監護及び養育していること」を判断する際には、子どもの権利、とりわけ子どもの最善の利益を考慮することが求められていることを強調しておきたい。

なお、最高裁も、全員一致で民法の婚外子相続分差別規定を違憲とする決定（最大決平成25年9月4日民集67巻6号）のなかで、「その後の立法事実の変化」の一つに「国連の人権委員会からの是正勧告」を含め、総合的に考察しており、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されて」きており、このような認識の変化に伴い、「子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許され」ないと判示している。つまり、このことを人権条約に当てはめると、確かに子どもにとって家族は大切な存在であること、そして家族自身が保護の対象であるが、そのなかに子どもの最善の利益やそれを判断する上でも子どもの意見表明・参加が必要である（つまり、子どもの権利条約の趣旨や規定を活かす）ことが求められている。

さらに、2016（平成28）年の児童福祉法改正において、児童福祉の理念として、「全て児童は、児童の権利に関する条約の精神にのっとり、適切に養育されること、その生活を保障されること、愛され、保護されること、その心身の健やかな成長及び発達並びにその自立が図られることその他の福祉を等しく保障される権利を有する」（法1条）と、主語が「すべて国民は」から変更になり、福祉が子どもの権利として位置づけられている。また、その権利は、子どもの権利条約の精神にのっとり保障されること、加えて、「全て国民は、児童が……社会のあらゆる分野において、児童の年齢及び発達の程度に応じて、その意見が尊重され、その最善の利益が優先して考慮され、心身ともに健やかに育成されるよう努めなければならない」（法2条）と、条約の一般原則である「子どもの意見の尊重」（条約12条）および「子どもの最善の利益」（条約3条）が一定程度規定されている。この理念は、「児童の福祉を保障するための原理であり、この原理は、すべて児童に関する法令の施行にあたって、常に尊重されなければならない」（法3条）である。このように、主要な法律にも子どもの権利条約が位置づけられてきているのである。

第3に、本件の審理で必要不可欠な点は原告らの権利とその最善の利益の確保をどうするかということである。本件と同様の事案における裁判でも、これらの観点は非常に不十分であった。裁判例はしばしば、“家族の統合や未成年者が家族からの保護を受ける権利、児童の最善の利益や親子が分離されないことの確保は、一般論として、尊重に値する普遍的な価値を有しているといえ、法務大臣が在留特別許可を付与するかどうかを判断する際に考慮されるべき要素になりうるとまではいえるものの、条約の諸規定が直接法務大臣の判断を規制するものとまでいえない”というような趣旨を述べるが、人権条約からすれば、「一般論として」尊重されるだけではなく、法務大臣の裁量を制約し、判断の方向を指示すものである。

このように、日本の法律のなかにも、また上述した最高裁判例等判決

のなかでも、人権条約の趣旨が取り入れられ、かつ子どもにとって最も重要な子どもの権利条約の一般原則である子どもの最善の利益や子どもの意見表明・参加の権利に関わる趣旨や規定がいっそう明確になったことが近年の進展であろう。

二 人権条約委員会からの「懸念」と「勧告」

本論に入る前に、日本の裁判所における人権条約の適用において、以前から人権条約委員会によって次のような懸念あるいは勧告が示されていることを紹介しておきたい。

- ・「子どもの権利に関する条約が国内法に優位しかつ国内の裁判所で援用できるとはいえ、実際には、裁判所が人権条約一般およびとくに子どもの権利条約を判決の中で直接適用しないのが通例であることに、懸念とともに留意する。」（子どもの権利委員会第1回総括所見〔1998年〕パラグラフ7）
- ・「委員会は、規約上の人権についての、裁判官、検察官および行政官に対する研修を定めた規定が存在しないことに懸念を持っている。委員会は、このような研修が受講できるようにすることを強く勧告する。裁判官に関しては、規約の規定に習熟させるため、裁判官協議会およびセミナーが開催されるべきである。委員会の一般的意見、および第1選択議定書による通報に関して委員会が表明した見解が裁判官に配布されるべきである。」（自由権規約委員会総括所見〔1998年〕パラグラフ33）
- ・「委員会は、規約のいずれの規定も直接の効力を有しないという誤った根拠により、司法決定において一般的に規約が参照されないことに懸念を表明する。締約国がこのような立場を支持し、したがって規約上の義務に違反していることはさらなる懸念の対象である。」（社会権規約委員会総括所見〔2001年〕パラグラフ10）

このように、日本が批准している主要な人権条約の実施状況について

は、条約の設置した委員会によって審査を受けており、そのなかで日本の裁判所における人権条約の適用状況も条約機関の審査の対象になっている。もちろん、これらの勧告等は、判決を覆したり、司法権の独立を侵害したりするものではない。本件審理においても、主要な人権条約委員会から日本の裁判所が人権条約を適用して司法判断するよう要請されていることに留意されたい。近年、人権条約委員会の総括所見ではパーワーワークが一杯になっているなどの理由から字数制限があって、直接的な勧告はないとしても、日本の判決も条約審査の対象になっており、条約の積極的な適用が求められていることは変わりがない。

第2 特別在留許可事件における人権条約の適用

ここでは、従来から筆者を含め多くの論者が指摘している点を繰り返し論じておきたい。

一 国内裁判所における人権条約の適用

1 以前からの学説の指摘

学界における国際人権の研究は進展している（例えば、国際人権法学会年報『国際人権』では創刊号から判例検討がなされ、同14号以降には文献目録が収録されている）。そこでは、人権条約を裁判にどのように援用すべきかについての理論が蓄積され、また実際にどのように援用されているかについての分析も詳細になされてきている。

そのなかで、以前になるが影響力のある2人の研究者の見解を紹介しておきたい。日本公法学会・元理事長の佐藤幸治教授は、日本国憲法の保障する「基本的人権」は未来に向かって開かれた課題として捉え、その哲学的基礎を問いつつ、それとの整合性に留意しながら、「国際人権」の形成および国内的実施に取り組むことが肝要であるという基本的な考え方を提示している。そして、裁判所が「基本的人権」の保障を充実す

る方向で憲法の関連規定の解釈に「国際人権」条約を取り入れることは司法の責務と解されるとして、条約を憲法に曖昧に融解せしめるのではなく、条約の規定・趣旨を明らかにしつつ憲法解釈の筋道を明確にすることもその責務の内実をなすとする。さらに、条約による保障が憲法による保障を上回ると解される場合には、国内法が憲法の人権条項に違反しないとしても、条約に違反し、そのことは憲法98条2項を介して憲法上許されない事態と判断されなければならないとする。また、義務の性質が即時のか漸進的かというようなカテゴリー的な受けとめ方を疑問視し、それぞれの条約の特定条項が司法救済に馴染む具体的特定性・明確性を持つかどうかを見定めて司法的救済を図っていくことの必要性を強調し、そこにおいて求められることは「国際人権」を憲法上の「基本的人権」に準じた権利として尊重する姿勢であるという（佐藤幸治「憲法秩序と『国際人権』に対する覚え書き」（国際人権16号）。

また、国際人権法学会・元理事長の薬師寺公夫教授は、国際法学の視点から自由権規約の国内実施について詳細に分析し、自由権規約は国に対して直接請求できる個人の権利を定めたものであるとしたうえで、この自由権規約が裁判実務のレベルでは、法律の適用による処理→憲法に沿った法律の解釈による処理→憲法の適用による処理→自由権規約に沿った憲法の解釈による処理→自由権規約の直接適用という順序で処理されていくため、規約上の人権の侵害があると認定されるような場合でも実質的には法律や憲法の解釈・適用レベルで処理されるので、憲法違反といえないという判断がなされれば、規約違反も存在しないというパターンが生じやすいと指摘する。そして、最高裁判決におけるその主要なパターンは、結論だけ述べる、原审の判断の結論を是認する、憲法何条に違反しないから規約何条にも違反しないという3つであるという。その上で、現行国内法に、その法的根拠が見出せない場合は、規約を直接適用すること、そのために憲法や法律上の権利と規約上の権利との関係とを実体的にいっそう明確にし、規約上の権利を援用する意味を明ら

かにする必要性を説く。そのさい、後述する自由権規約委員会の一般的意見や個人通報に関する見解の蓄積により、委員会の先例 (jurisprudence) が形成されており、それが、条約を解釈する際に重要になっているという (薬師寺公夫「国際法学から見た自由権規約の国際実施」薬師寺公夫ほか『国際人権法と憲法』信山社、2006年)。

このような指摘も念頭におきながら、以下、人権条約の国内法体系における地位や解釈・適用にかかわる原則について検討していきたい。

2 国内法体系における人権条約の地位

(1) 日本では、憲法98条2項により、条約を含む国際法について一般的受容体制を採用していると解されており、国際人権規約および子どもの権利条約をはじめ、日本が批准した人権条約は公布とともに自動的に国内法としての効力を生ずる。そして、国内法の序列上、条約が少なくとも国会の制定法よりも優位の法的効力をもつことについては学説上も実務上も争いがない。

また、裁判所には、憲法98条2項に定める国際法の誠実遵守義務にしたがい、法律、命令、行政行為等の合法性を人権条約の規定に照らして審査し、前者が後者に違反する場合には前者を無効と宣言して適切な対応を命ずる義務がある。

(2) 批准した人権条約が裁判規範であることは当然であるとしても、裁判において条約の規定をどのように適用すべきであるかについて、すなわち当該規定の直接適用可能性ないし自動執行力について問題となる場合がある。この点については、日本政府は、各種人権条約委員会への報告などで説明しているとおり、「当該規定の目的、内容及び文言等を勘案し、具体的場合に依じて判断すべきものとされている」としている。また、憲法その他の国内法を条約に適合するように解釈・運用し、または国内法の解釈・運用を補強するものとして条約を考慮するという、い

わゆる間接適用もある。しかしいずれにしても、実際の裁判において人権条約はほとんど適用されず、人権条約委員会から懸念や勧告を受けていることは第1の二で指摘したとおりである。

3 人権条約の解釈・適用原則

(1) 国内裁判所が人権条約の規定を解釈・適用するにあたっては、周知のように、条約法に関するウィーン条約（昭和56年7月20日条約16号、以下「ウィーン条約」）第3部の各規定に従うことになる。まず、裁判所は、条約当事国の司法機関として、「条約を誠実に履行」する義務を立法機関・行政機関とともに分担する（ウィーン条約26条）。そのさい、「条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用すること」はできない（同27条）。

また、裁判所が条約の規定を解釈するにあたっては、「文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈」しなければならない（ウィーン条約31条1項）。ここでいう文脈には、「条約文（前文及び附属書を含む。）」のほか、(a)「条約の締結に関連してすべての当事国の間でなされた条約の関係合意」および(b)「条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であってこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの」が含まれる（同2項）。また、解釈にあたっては、文脈とともに、(a)「条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意」、(b)「条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」、(c)「当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則」を考慮しなければならない（同3項）。ただし、特定の用語に特別の定義が与えられている場合には当該定義が優先される（同4項）。以上が条約解釈に関する一般的な原則である。これらの原則に照らして解釈を行っても意味が曖昧もしくは不明確である場合、または明らかに常識に反したもしくは不合理な結果がもたらされる場合には、「解釈の補足

的な手段」として「特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情」に依拠することができる (同32条)。

(2) 人権条約のように、国際機関で採択され、しかも当事国が多い条約の場合、解釈において特に重要になるのは、ウィーン条約31条3項にいう「国際法の関連規則」をはじめとする、いわゆる第一義的解釈補助手段である。これらの必要的参照要素には、他の条約の類似の規定や宣言・指針等を含む関連国際文書、条約機関・地域人権機関による当該規定または類似の規定の解釈 (一般的意見、個人通報に関する見解、総括 [最終] 所見、判決等)、国連・専門機関による関連文書、締約国の慣行 (立法・行政措置、国内裁判所による判決等)、権威ある研究者の見解などさまざまなものがある。人権条約において特に重要になってくるのは、先にふれた人権条約委員会によって一般的意見や見解の蓄積による先例である。たしかに、これらの当該要素 (文書) に裁判所の判決のような直接的法的拘束力がないが、行政機関・司法機関は、条約の解釈・適用にあたって当該要素に表明された解釈を採用することが求められており、もし採用しないのであれば、当該解釈が不適切であること、または当該要素が特定の事案に関連しないことを立証する責任が存するといえる。

(3) 上記必要的参照要素のなかには、人権条約の解釈にあたって一定の比重を有するとして、すでに日本の裁判所によって認められてきたものがある。

その一つが、人権条約委員会が採択する「一般的意見 general comments」や「見解 view」である。たとえば大阪高裁第2民事部平成6年10月28日判決は、裁判所が自由権規約を解釈適用する場合にはウィーン条約法条約第27条、第31条および第32条の定める「解釈原則にしたがってその権利の範囲を確定することが必要である」と判示し、さらに自由権規約委員会の一般的意見や見解、ヨーロッパ人権条約等の同種の国際条約の

内容およびこれに関する判例について「B規約〔自由権規約〕の解釈の補足手段として依拠すべきものと解される」と述べている。自由権規約委員会は、「法律関係の経験を有する者の参加が有益であることに考慮を」払って任命される「人権の分野において能力を認められた」個人で構成される委員会であり（自由権規約28条2項）、自由権規約の規定の解釈について豊富な経験と高い権威を有する機関であることから、その解釈が有権的解釈として依拠されるべきことは当然である。これも、ウィーン条約31条3項にいう合意・慣行・国際法規則として、またはそのような合意・慣行・国際法規則の成立に貢献するものとして見なしうる。

（４）条約解釈にあたっては、自由権規約委員会、子どもの権利委員会等の条約機関が各締約国に宛てた「総括所見（最終見解）concluding observations」も重要である。総括所見は当該国の人権状況に直接関係するからである。条約機関は、締約国が提出した報告書を審査した後に総括所見を採択し、特定の問題・分野等について懸念を表明するとともに、当該問題点を解決するために必要と考える措置を提案・勧告するという報告制度のもとで、条約の実施を監視・促進している。

子どもの権利委員会第1期の委員であったマルタ・サントス・パイス氏が指摘するように、総括所見は「当該国に対する委員会の権威ある声明」であるとともに「締約国一般がとるべき行動の指針的文書」（OHCHR et al., Manual on Human Rights Reporting, United Nations, 1997）として位置づけられている。子どもの権利条約についての国際機関による解説書等においても、各規定の解釈にあたり子どもの権利委員会の総括所見が参照されることが少なくない（たとえば、UNICEF, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, UNICEF, 1998）。したがって、条約機関が採択する総括所見は、ウィーン条約31条3項にいう合意・慣行・国際法規則の成立に貢献する文書として見なしうるものである。

総括所見は、締約国としては、現在の報告制度の性質上、直接的な法

的拘束力はないが、正当に尊重され誠実に履行しなければならない。なぜなら、総括所見は、条約が実施措置として採用している報告制度の環境であり、それを誠実に履行することは条約上の義務の一部といえる。「政府の見解と違う部分がある」などという理由でこの所見の実現を怠ることは、報告制度が成り立たなくなるといってもよく、条約の実施上許されない。したがって、政府や国会は即時的とは言わないが、総括所見の実施にむけて何らかの措置をとることが必要になる。誠実な検討の結果、「受け入れられない」場合は委員会に対して説得力ある説明をしなければならない。同様に、総括所見は当該人権条約についての権威ある見解として司法判断においても尊重していくことが条約上要請されているといえる。裁判所としては、当該事件の判断に関係する総括所見が出されているか否かを検討し、該当するものがあれば、まずその総括所見の内容を踏まえて判断することが要請され、その総括所見と異なる見解をとる場合は、その説明責任が求められるのである。各種人権条約委員会も、その総括所見のなかで、繰り返し裁判官にも総括所見の内容を知らせよう求めている。

他に、締約国によって作成される報告書の形式・内容を指示するために条約機関が作成している報告書ガイドラインも、条約の各規定についての条約機関の解釈をうかがい知るうえで役に立つことがある。

上記のことは、国際人権規約や子どもの権利条約など人権条約についての解釈を学説として展開する場合においてもふまえておくべき視点である。日本においても、国際人権規約や子どもの権利条約など人権条約についての研究書は少しずつではあるがふえてきている。ところが、条約の国際的発効後において一般的意見・総括所見等の条約機関の見解をふまえず、条約の制定過程の議論に基づいて条文解釈をしたり、日本の学説を基にして条約の文理解釈をしたりしているような文献もみられるが、学説としては有効とはいえない。

(5) 最後に、人権条約の解釈・適用に関わる各国の判例や行政慣行も、ウィーン条約31条3項(b)にいう「条約の適用につき後に生じた慣行」であって、将来的に「条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」となる可能性があるものであり、条約の解釈・適用にあたって適宜参照する必要がある。

(6) 以上、人権条約の解釈・適用にかかわる原則について検討したのは、国の主張および判決が上のような解釈・適用についての理解が不足していると思われるからである。福岡高裁平成17年3月7日判決(判例集未登載)のように、“当該外国人による在留特別許可を付与するか否かを判断するに当たって、法務大臣は、人権条約(B規約や児童の権利条約)の精神やその趣旨を重要な要素として考慮”しなければならず、そのさいには上記のような解釈原則を踏まえることが必要である。

また、上のような解釈原則は、ウィーン条約にしたがって人権条約を「誠実に」(ウィーン条約26条・31条1項)履行・解釈するための不可欠な前提であり、翻って、条約や国際慣習法を「誠実に遵守する」よう求めた憲法98条2項の要請でもある。

二 不法に滞在する者に対する人権条約上の権利の保障

原告らは日本の国内法では、不法に滞在する者と評価されるのであるが、これらの者には人権条約上、どのような権利保障がなされるのであろうか、以下検討していく。

1 人権条約の規定は、一般的に言って、在留資格の有無を問わず、締約国の領域内・管轄下にあるすべての者に差別なく適用されなければならない。この原則の適用が除外されるのは、条約に特別の定めがある場合、規定の文言・内容に照らして外国人または市民(国民)にのみ特定の権利が保障されている場合などに限られる。前者の例としては、たと

えば、「開発途上にある国は、人権及び自国の経済の双方に十分な考慮を払い、この規約において認められる経済的権利をどの程度まで外国人に保障するかを決定することができる」と定める社会権規約2条3項を挙げることができる。後者の例としては、外国人の追放に関して定める自由権規約13条、「市民」の参政権に関して定める同25条などがある。

したがって、自由権規約で保障された諸権利も、前項のような例外を除き、「その〔締約国の〕領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人」に対し、「いかなる差別もなしに」尊重・確保されなければならない(自由権規約2条1項)。自由権規約委員会が、一般的意見15号において以下のように述べているとおりである。

「一般的に言って、規約に規定された権利は、相互保障の有無や国籍の別にかかわらず、無国籍者を含むすべての人に適用される」(パラグラフ1)

「したがって、規約のそれぞれの権利は、市民と外国人との間で差別されることなく保障されなければならないというのが一般原則である。〔自由権規約〕2条で規定されているように、外国人は、規約で保障されている権利に関して差別されないという規約の一般要件の適用を受ける。この保障は、外国人と市民の両者に同様に適用される」(パラグラフ2)

2 子どもの権利条約についても同様のことが指摘できる。条約第2条1項が「締約国は、その管轄の下にある児童に対し、……いかなる差別もなしにこの条約に定める権利を尊重し、及び確保する」と規定しているとおり、条約上の権利は日本の「管轄の下」にあるすべての子どもに保障されるのであり、子ども自身またはその親・法定保護者等の在留資格の有無は問われない。合法的にか違法にかを問わず、外国人の子どもがいったん日本の管轄下に入った以上、条約の規定を当該子どもに関して適用する義務が日本政府には存するのである。このことは、条約の起草過程において、条約の適用対象とされる子どもの範囲が「その〔締

約国の〕領域内にある」子どもとなっていたところ、アメリカが「合法的に」という語を挿入するよう求め、その後当該提案を撤回した経緯からも明らかである。

子どもの権利委員会も、その定期報告書ガイドライン（「条約第44条1項（b）に基づいて締約国によって提出される定期報告書の形式および内容に関する一般指針」、CRC/C/58）において、差別の禁止の原則（条約2条）との関連で「外国人、難民および庇護申請者を含めて締約国の管轄下にある子ども一人ひとりに対し、いかなる種類の差別もなしに条約に掲げられた権利を確保するためにとられた措置」（パラグラフ25）に関する情報を求めており、条約上の権利が在留資格の有無に関わらず外国人等の子どもにも保障されるべきであるという立場を明らかにしている。

このことは、子どもの権利委員会が移住労働者権利委員会と合同で作成した一般的意見22号（「国際的移住の文脈にある子どもの人権についての一般的原则」、2017年）においても、

「子どもの権利条約の差別の禁止の原則は、締約国に対し、子どもがとくに正規のもしくは非正規な状況にある移住者、庇護希望者、難民、無国籍者および（または）人身取引被害者であると考えられる（出身国への帰還または送還の状況にある場合を含む）か否かにかかわらず、また子どもまたは親もしくは法定後見人の国籍、移住者資格または無国籍にかかわらず、すべての子どもに対して条約に掲げられた権利を尊重しかつ確保する義務を課すものである。」（パラグラフ9）

「差別の禁止の原則は、移住に関連するすべての政策および手続（国境管理措置を含む）の中心に、子どもまたはその親の移住者資格にかかわらず、位置づけられる。移住者の異なる取扱いは、いかなるものであっても、適法性および比例性を備え、正当な目的を追求し、かつ子どもの最善の利益ならびに国際人権法上の規範および基準に一致していなければならない。」（パラグラフ22）

などとして、あらためて確認されているところである。

3 以上のように、人権条約に規定された諸権利は、明示的に適用除外の規定がある場合を除き、在留資格の有無を問わずあらゆる者に保障されなければならないことはすでに国際合意が確立しているものと評価できる。

したがって、国の主張のように、人権条約に規定された権利が在留制度の枠内においてのみ保障されるかのような解釈は、人権条約の解釈としては誤りであると言わざるをえない。

第3 人権条約による国家の裁量の制約

一 家族の保護等の見地からの国家の裁量の制約

1 (1) 上記の前提を踏まえれば、強制退去手続および特別在留許可など出入国管理制度の運用にあたっては、国際人権規約および子どもの権利条約を含む人権条約上の規定を遵守する義務が締約国には存在する。国際慣習法上、外国人が自国以外の国に自由に入国・在留する権利が確立されていないことは確かである。しかし、このことは、在留資格の認定を含む出入国管理制度の運用が締約国の完全な自由裁量に委ねられていることを意味するものではない。締約国は、出入国管理制度の運用によって人権条約上の権利が不当に制約・侵害されないことを確保する責任を負う。とりわけ、出入国管理制度の運用の過程で家族の保護に十分な考慮が払われなければならないという見解は、以下に述べるとおり、国際的合意を形成しつつあると評価しうる。

(2) この点につき、自由権規約委員会も、一般的意見15号において、「規約は、外国人が締約国の領域に入り、またはそこで居住する権利を認めていない。領域内に誰を受け入れるかは、原則として当該国家が決

める事項である」としながらも、「しかし、たとえば、差別の禁止、非人道的取扱いの禁止、家族生活の尊重について考慮する場合など、ある状況の下においては、入国または居住に関しても外国人が規約の保護を受ける場合がありうる。」との見解を明らかにしている（パラグラフ5）。すなわち、一定の状況下においては、家族への恣意的・不当な干渉からの保護（自由権規約17条1項）および家族に対する保護（同23条）を含む自由権規約の規定にしたがって、出入国管理分野における行政裁量が制約される場合があるということである。

（3）また、国連において1990年に採択された「すべての移住労働者およびその家族構成員の権利の保護に関する国際条約」（日本は未批准）は、締約国に対し、非正規な状態にある（合法的な在留資格を有していない）移住労働者およびその家族構成員に関して「そのような状態が持続しないことを確保するため、適切な措置をとる。」（69条1項）ことを求めている。同項にいう「適切な措置」に当該移住労働者・家族構成員の正規化（合法的な在留資格の付与）が含まれることは、同条2項において「関係締約国が、適用可能な国内法および二国間または多国間協定にしたがい前項の者の状態を正規化する可能性を検討するさいは……」という文言が用いられていることから明らかである。そして、そのような正規化を検討するさいには「入国の状況、雇用地国における滞在期間その他の関連事項、とくに家族に関わる事項に関して、適切な考慮」を払うよう求めている（69条2項）。同条の規定は、合法的な在留資格を有していない移住労働者等に対し合法的な在留資格を付与することまでは義務づけていないものの、在留特別許可を含む正規化の過程で「とくに家族に関わる事項」を適切に考慮することを義務づけるものである。日本は同条約の締約国ではないとはいえ、当該規定は、出入国管理制度の運用において家族の保護が重視されなければならないという国際合意を反映したものと評価できるのであり、その事実を十分に認識する必要がある。

(4) 以上の点を踏まえれば、家族の保護に関わる人権条約の規定が合法に在留する外国人にのみ適用されるかのような解釈は明らかに妥当性を欠くものである。日本の判例においても、例えば東京地裁平成11年11月12日判決(判例時報1727号94頁登載)は、「条理及びB規約〔自由権規約〕23条の趣旨に照らしても好ましくない結果を招来する」との理由でバングラディシュ人男性に対する退去強制処分を取り消している。この判決は、在留許可等の処分についても、家族の保護に関する規定(自由権規約23条)を含む自由権規約の規定が適用されることを前提としたものである。

2 国および裁判所は、退去強制処分・在留特別許可不認定処分等の合法性が争われる事件において、いわゆるマクリーン事件最高裁判決(最高裁昭和53年10月4日大法廷判決)をしばしば引用し、基本的に同判決で示された枠組みに基づいた主張をしている。

マクリーン事件最高裁判決は、在留期間の更新を適当と認めるに足りる相当の理由の有無の判断について、「裁判所は、法務大臣の右判断についてそれが違法となるかどうかを審理、判断するに当たっては、右判断が法務大臣の裁量権の行使としてなされたものであることを前提として、その判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により右判断がまったく事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法であるとしてすることができると解するのが相当である。」と判示したものである。

しかし、同判決は日本が自由権規約や子どもの権利条約を批准する以前に出されたものであり、その後の人権条約の採択やそれらを背景にし

た国際人権法の発展、あるいは日本による人権条約の批准等に照らせば、同判決の論旨をそのまま援用することはできない。例えば東京地裁平成7年5月26日判決も、不法に在留する外国人の退去強制処分につき、「原告らの家族生活の保護や子の福祉等の観点から、原告らの在留を認めないことが、人道上著しく正当性を欠くとか、著しく正義の観念にもとるといような結果を生じさせる場合には、被告〔法務大臣〕の裁量の逸脱または濫用となりうる可能性がないわけではない。」として、退去強制・在留特別許可認定等の処分において家族生活の保護や子どもの福祉を正当に考慮する必要性を指摘しているのである。

退去強制・在留特別許可等の処分において法務大臣に一定の裁量権があることを前提としても、そこではまったくの自由裁量が認められているのではなく、人権条約等の規定を踏まえた羈束裁量が認められているにすぎないと解するべきである。

したがって、国の主張が、これらの国際人権法の進展等を踏まえず、未だに、“外国人を自国内に受け入れるかどうか、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかは、国際慣習法上、専ら当該国家の立法政策にゆだねられており、当該国家が自由に決定することができるというのが原則である”とし、“自由権規約が〔当該〕国際慣習法上の原則を排斥する規定が存在しない”こと等を理由に、“自由権規約が国際慣習法上の原則を当然の前提にしている”点はあまりにも「一般論」に過ぎ、失当であると言わざるを得ない。

二 自由権規約委員会の「見解」

1 家族・子どもの保護等を定めた人権条約の規定により出入国管理制度における国家の裁量が制約されるという上記の解釈は、自由権規約委員会による以前からの「見解」でも明らかにされている。自由権規約委員会は、自由権規約第1選択議定書にもとづく個人通報の審査の結果、2001年8月16日に *Winata v. Australia* 事件に対する「見解」（通報番号

No.930/2000, CCPR/C/72/D/930/2000）を採択している。当該事案は、オーストラリアに在留する元インドネシア国籍（申立て時は無国籍）の夫婦が、オーストラリア政府による退去強制決定は申立人およびその子ども（オーストラリア国籍、申立て時13歳）の権利を侵害するものであるとして、自由権規約委員会の判断を求めて通報を行なったものである。

2 自由権規約委員会は、「見解」において、申立人夫婦を退去させることにより、10年に渡って同国に居住してきた子どもが親と離れて同国に在留するかまたは親とともに出国するかを選択を家族に余儀なくさせるのは、少なくとも、長期的に安定した家族生活に相当の変化が生じると予想される本件のような場合には家族に対する「干渉」になると認定した（パラグラフ7.1）。また、「締約国には、出入国政策を執行し、不法に滞在する者の退去を求める余地が相当に存在する」ことを認めながらも、「しかしながら、当該裁量は無制限ではなく、一定の状況下においては恣意的に行使されることに至る場合がある。」ことに注意を促した（パラグラフ7.3）。

そのうえで、自由権規約委員会は、申立人の息子が出生後13年間オーストラリアで育ってきており、普通の子どもと同様にオーストラリアの学校に通学しており、固有の社会的関係を育んできていることを踏まえ、以下のように退去強制の執行が自由権規約違反となることを認定している。

「このような在留期間の長さには、締約国には、恣意的であるとの認定を避けるために、出入国管理法を単純に執行するという以上の、両親の退去強制を正当化するに足る付加的要素を示す義務が存する。したがって委員会は、本件の特定の状況下においては、締約国が申立人の退去強制を実行することが、被害者とされる者全員〔申立人およびその息子〕との関連で、規約第23条とともに規約第17条1項に反する恣意的干渉を構成すると考えるものである。加えて、当該退去強制の実

行は、Barry Winata〔申立人の息子〕との関連では、未成年者として必要な保護措置を提供しないことにつながるために第24条1項違反を構成する。」(パラグラフ7.3)

3 自由権規約委員会の当該見解においては、規約違反の認定を導くにあたり、子どもがオーストラリアに長期間在留し、オーストラリア社会にすでになかなりの程度統合していること、両親が退去強制されることにより子どもに保護が提供されなくなることが主として重視されている。いずれにせよ、退去強制が家族の分離につながる場合には、家族・子どもの保護という利益を超えて当該退去強制を執行することを正当化するに足りる根拠が締約国によって示されなければならないと解される。なお、申立人の息子はオーストラリア国籍を有しているが、自由権規約委員会の見解ではオーストラリア国籍の有無にはそれほど比重が置かれていない。このことは、たとえ子どもが締約国の国籍を有していない場合であっても類似の判断が下されることを推測させるものである。自由権規約上の権利が締約国の国籍の有無に関わらず保障されることを踏まえれば、このような判断も妥当なものと言える。

自由権規約委員会ではすでに、上記の見解は2000年代初頭に確立されていたといえる。

三 ヨーロッパ人権裁判所の判決

1 欧州評議会による人権および基本的自由の保護のための条約（ヨーロッパ人権条約）は、8条において、家族生活の保護について以下のように定めている。

「1. すべての者は、その私生活及び家族生活、住居並びに通信の尊重を受ける権利を有する。

2. この権利の行使については、法律に基づき、かつ、国の安全、公共の安全若しくは国の経済的福利のため、また、無秩序若しくは犯罪の

防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は他の者の権利及び自由の保護のため民主的社会において必要なもの以外のいかなる公の機関による干渉もあってはならない。」

同条をめぐり、ヨーロッパ人権裁判所においては、同条約締約国による退去強制処分・在留許可不認定処分等が本条にいう「家族生活」への「公の機関による干渉」として正当かどうか争われてきており、一定の判例が積み重ねられてきている。ヨーロッパ人権裁判所の判断は個々の事案によって異なるものの、全般的には、当該処分が家族生活への干渉を構成しうることを前提として、そのような干渉が出入国管理政策の正当な目的に比例するかどうかをさまざまな要素の比較衡量にもとづいて判断するというアプローチが採られてきた。ここでは代表的な判例を2件取り上げることにする。

2 まず、モロッコ国籍を有する男性が、オランダ国籍を有する配偶者と離婚したことによりオランダ政府から在留資格の更新を拒否された事件の判決 (Berrehab v the Netherlands, 21 June 1988) において、裁判所は当該処分がヨーロッパ人権条約8条の違反であることを認定した。すなわち、家族生活に対するそのような干渉が「民主的社会において必要なもの」と見なされるためには、「当該干渉が差し迫った社会的必要に対応したものであり、かつ、とりわけ追求されている正当な目的に比例したものであること」が必要とされる (パラグラフ28)。申立人は元配偶者が引取った幼い娘と緊密なきずなを形成しており、独立の在留許可を与えずに国外退去させることはそのようなきずなを破壊するおそれがあることから、本件においては「関連する諸利益のあいだで適切な均衡が達成されておらず、したがって、採られた手段と追求されている正当な目的が比例していない」 (パラグラフ29)。そのような措置を民主的社会において必要なものと見なすことはできず、そのため当該処分は条約8条違反であるとされた (同)。

3 同様に、アルジェリア国籍を有する男性が麻薬密輸に関与したことを理由にフランス領域からの永久追放処分を受けた事件の判決 (Mechemi v France, 26 September 1997) においても、犯罪行為への関与という申立人にとって不利な条件にも関わらず、ヨーロッパ人権条約 8 条の違反が認定されている。

申立人はイタリア人妻と結婚して 3 人の子どもを設けている。子どもはいずれもフランス国籍である。裁判所は、「公の秩序を維持すること、とりわけ、確立された国際法上の問題としてかつ条約上の義務にしたがうことを条件として外国人の入国および在留を管理し、かつとくに有罪判決を受けた外国人の送還を命ずる権利を行使することによってそうすること」は締約国次第であることを認めつつも、上記 Berrehab 事件と同様に、そのような決定が比例原則に従うべきことを指摘した (パラグラフ 34)。そのうえで、諸般の要素を考慮し、申立人が麻薬密輸に関与したことは「申立人にとってきわめて不利な要素である」にも関わらず、「とくに、フランス領域からの永久追放が申立人をその未成年である子および妻から分離すること」に照らして当該処分が目的比例性を欠くことを認め、8 条違反とした (パラグラフ 37)。

なお、本件においてフランス政府は、申立人の妻がイタリア国籍を有することを挙げ、「フランスで生活することは、当該カップルが同棲を再開するための唯一の可能性ではない。」と主張している (パラグラフ 33)。これに対して裁判所は、「イタリアにおいて世帯を設けることについて言えば、それも考えられなくはないものの、そうすることは当該カップルの子どもにとって根本的な激変を意味することになろう。さらに、とくに申立人の前科にかんがみれば、申立人がイタリアに入国して居住権を得ることに法的障害が生じることには疑いの余地がない。〔フランス〕政府は、それが克服可能であることを示していない。」と述べたのであった (パラグラフ 36)。すなわち、国には、退去強制等の処分を

行なうさいに、その対象となる家族が国外で再統合できる蓋然性があることを立証する義務が存するということである。

4 以上のように、家族生活を尊重する必要性によって出入国管理制度の運用における裁量権が制約されることは、ヨーロッパ人権裁判所によって少なくとも1990年代には確立されているといってよい。このことは、退去強制・在留特別許可等の処分における法務大臣の裁量がまったくの自由裁量ではなく、人権条約等の規定を踏まえた羈束裁量が認められているという本意見書の主張を裏づけるものである。

第4 本件における人権条約、とくに子どもの権利条約の適用

一 人権条約における家族の位置づけ

1 国際人権規約における家族の位置づけ

家族や子どもの保護の重要性は、1948年に採択された世界人権宣言においてすでに認められていた。家族の保護については、「何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に干渉され……ない。」(12条) こと、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位であり、社会及び国による保護を受ける権利を有する。」(16条3項) ことが宣言され、また子どもの保護については、「児童は、特別の保護及び援助を受ける権利を有する。すべての児童は、嫡出であるかどうかを問わず、同一の社会的保護を享受する。」(25条2項) が承認されたのである。

このような考え方は、世界人権宣言とともに国際人権章典を構成する国際人権規約においても再確認されている。社会権規約においては、「できる限り広範な保護及び援助が、社会の自然かつ基礎的な単位である家族に対し、特に、家族の形成のために並びに扶養児童の養育及び教育について責任を有する間に、与えられるべきである。」(10条1項) こと、「保

護及び援助のための特別な措置が、出生その他の事情を理由とするいかなる差別もなく、すべての児童及び年少者のためにとられるべきである。」(10条3項)ことが定められた。自由権規約においても、家族に対する恣意的・不法な干渉の禁止(16条)、家族の保護(23条)に関する規定が置かれたのに加え、すべての子どもに、いかなる差別もなく「未成年者としての地位に必要とされる保護の措置であって家族、社会及び国による措置についての権利」(24条1項)が認められた。自由権規約において「家族」による保護の権利が子どもに明示的に認められたのは、子どもにとっての家族の重要性が承認されたものとして大きな意義がある。

なお、家族の保護は、ヨーロッパ社会憲章(16条)、米州人権条約(17条1項)、および人民の権利に関するアフリカ憲章(18条1・2項)のような地域的人権条約においても規定されている。

2 子どもの権利条約における親・家族の位置づけ

(1) 子どもの権利条約は、こうした人権条約の発展を踏まえ、子どもの権利の保障という観点から、家族に与えられるべき保護・援助をいっそう詳細かつ具体的に定めるに至った。条約は、「家族が、社会の基礎的集団として、並びに家族のすべての構成員特に児童の成長及び福祉のための自然な環境として、社会においてその責任を十分に引き受けることができるよう必要な保護及び援助が与えられるべきこと」および「児童が、その人格の完全かつ調和のとれた発達のため、家庭環境の下で幸福、愛情及び理解のある雰囲気の中で成長すべきであること」(前文)を再確認するとともに、さまざまな規定で家族、とくに親の役割の重要性について規定している(このことは、先の婚外子相続分事件最高裁判決の「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されて」きているという点と矛盾するものではないことはいうまでもない)。列記すれば、以下のとおりである。

- ・締約国は、子どもの福祉に必要な保護・措置を確保するにあたっては「児童の父母、法定保護者又は児童について法的に責任を有する他の者の権利及び義務を考慮に入れ」なければならない（3条2項）。
- ・締約国は、子どもの権利行使に関して親・法定保護者等が「適当な指示及び指導を与える責任、権利及び義務」を尊重しなければならない（5条・14条2項）。
- ・子どもは、「できるかぎりその父母を知りかつその父母によって養育される権利」を有する（7条1項）。
- ・子どもは、不法な干渉なしに、「家族関係」を含むアイデンティティを保持する権利を有する（8条）。
- ・子どもは、原則として、親の意思に反して親から分離されてはならない（9条1項）。親から分離されている子どもは「定期的に父母のいずれとも人的な関係及び直接の接触を維持する権利」を有する（同3項）。
- ・家族の再統合のための出入国の申請は、9条1項にもとづく締約国の義務にしたがい、「積極的、人道的及び迅速な方法で」取り扱われなければならない（10条1項）。親と異なる国に居住する子どもは、「定期的に父母との人的な関係及び直接の接触を維持する権利」を有する（同2項）。
- ・いかなる子どもも、家族に対する恣意的または不法な干渉を受けない（16条）。
- ・親または法定保護者は、子どもの養育・発達についての第一義的責任を有する。「締約国は、児童の養育及び発達について父母が共同の責任を有するという原則についての認識を確保するために最善の努力を」払わなければならない（18条1項）。締約国は、「この条約に定める権利を保障し及び促進するため、父母及び法定保護者が児童の養育についての責任を遂行するに当たりこれらのものに対して適当な援助を与える」（同2項）。
- ・難民または庇護申請者である子どもが親等に同伴されていないとき

は、締約国は、国際機関・NGOが「難民の児童の家族との再統合に必要な情報を得ることを目的としてその難民の児童の父母又は家族の他の構成員を捜すため」の努力に協力する（22条2項）。

- ・障害のある子どもの親等に対し、十分な援助が提供されなければならない（23条2・3項）。
- ・親または子どもに責任を負う他の者は、「自己の能力及び資力の範囲内で、児童の発達に必要な生活条件を確保することについての第一義的な責任」を有する（27条1項）。締約国は、親等が当該責任を果たすことを援助するための適当な措置をとらなければならない（同2項）。
- ・自由を奪われた子どもは家族との接触を維持する権利を有する（37条(c)）。

（2）子どもの権利条約の前文5段では、「家族が、社会の基礎的な集団として、並びに家族のすべての構成員特に児童の成長及び福祉のための自然な環境として、社会においてその責任を十分に引き受けることができるよう必要な保護及び援助を与えられるべきであること」を確信し、6段では、「児童が、その人格の完全なかつ調和のとれた発達のため、家庭環境の下で幸福、愛情及び理解のある雰囲気の中で成長すべきであること」を認めている。

これらの理念に基づいて、家族形成・関係維持にかかわる権利が規定されている。子どもが親により養育される権利を有すること（7条1項）を認め、親の第一次的養育責任に対する援助を国家に義務づける（18条）。条約は、そのみならず、家庭環境を重視し、家族の保護・援助を通して子どもの発達や権利を保障しようとする。生まれてくる環境を選べない子どもにとって、家族が通常最初の世界であり、人格形成・発達という意味でも、言語・宗教・思想等を含め発達に必要な文化的権利の保障の意味でも、家庭環境は重視されている。

条約は、子どもと親・家族との自然的関係を基本に家族の自立的機能

を尊重しているが、例えば親による虐待・放任・搾取が行われている場合 (19条)、あるいは子どもの最善の利益に従い、親から分離したり (9条)、家庭環境から引き離したりする場合 (20条)、親子・家族関係に国家が直接介入することを容認する。そして里親・養子縁組などを代替的ケア措置として認めるのである。

このように子どもの権利条約は家族を重視し位置づけているが、それは子どもの権利の視点から捉えられているのである。

(3) 家族の重要性は、子どもの権利条約が採択されて以降も、国際的な場で繰り返し確認されてきている。とりわけ、1994年は国連総会によって「国際家族年」に指定され、家族に関連するさまざまな活動が国際社会・地域・国・地方の各レベルで行なわれた。その結果、「平和、人権、民主主義、持続可能な発展および社会的前進を達成する努力の不可欠な一環として家族を支援し、かつ家族の領域で積極的な変化を実現することの重要性がますます認められるようになった。」(国際家族年の実施に関する国連事務総長報告書、1995年、A/50/370, para.4) とともに、「あらゆる行動と政策が家族に影響を及ぼすものであり、また、家族を支援および強化しようとするとりくみのなかで否定的な結果を排除するための具体的な措置が必要であるという共通の理解が存在する。」(国際家族年のフォローアップに関する国連事務総長報告書、1990年、A/54/256, para.3) に至っている。1990年代に開催された各種の世界会議・国際会議においても家族の強化が共通の重要テーマとして扱われており、とりわけ子どもの保護に対して特段の注意が向けられてきたところである(国際家族年に関する国連事務総長報告書、1997年、A/52/57, paras.7-8)。

このように、家族・子どもの保護は国際社会の共通の関心事となっており、出入国管理制度の構築や政策の実施にあたって、この点に十分な注意が向けられなければならない。

国の主張は、先にもふれたように、「一般論」として簡単に触れてい

るだけであり、人権条約における家族の位置づけ、家族の保護が規定されている意味、とりわけ子どもの権利保障における家族の保護についての認識が不十分である。

二 親子の分離禁止原則（子どもの権利条約 9 条）

1 以上のような前提を踏まえたうえで、以下、本件にもっとも密接に関連する子どもの権利条約の 2 つの条項について検討する。

まず、子どもの権利条約 9 条 1 項は以下のとおり規定している。

「締約国は、児童がその父母の意思に反してその父母から分離されないことを確保する。ただし、権限のある当局が司法の審査に従うことを条件として適用のある法律及び手続きに従いその分離が児童の最善の利益のために必要であると決定する場合は、この限りでない。このような決定は、父母が児童を虐待し若しくは放置する場合又は父母が別居しており児童の居住地を決定しなければならない場合のような特定の場合において必要となることがある。」

本規定は、親の意思に反する親子の分離が行なわれてはならないという原則を定めたものである。そこには、できるかぎり親によって養育される子どもの権利（条約 7 条 1 項）、親の第一義的養育責任（同 18 条 1 項）をはじめとして、子どもの権利を保障するうえで親の役割および家族の統合がきわめて重要であるという条約の認識が反映されており、本規定の解釈にあたってはそのことを踏まえる必要がある。一方、当該原則は、親による子どもの虐待・放任、親の別居・離婚等のように、親からの分離が「子どもの最善の利益のために必要である」場合には適用されない。本規定の但し書きは、子どもの最善の利益を確保するためには、親子の分離禁止原則にかかわらず締約国が積極的に介入しなければならない場合があることを確認したものである。

2（1）一方、「子どもの最善の利益のために必要である」場合でなく

とも、親の意思に反した親子分離が行なわれることがある。条約9条4項で例示されている「締約国がとった父母の一方若しくは双方又は児童の抑留、拘禁、追放、退去強制、死亡（その者が当該締約国により身体を拘束されている間に何らかの理由により生じた死亡を含む。）等のいずれかの措置に基づく場合」がその例である。このような場合には、締約国による積極的な介入にもとづく親子分離ではなく、締約国が正当な政策目的のためにとった何らかの措置の結果としての親子分離が生ずることになる。条約がそのような分離の可能性を排除していないことが9条4項の例示に含意されている。

ただし、このことは、正当な政策目的の追求のためであれば親子分離を自由に行なってよいということを意味しない。条約全体を通じて親の役割および家族の統合が重視されていることに表れているように、親子の分離禁止原則は子どもの権利を保障するうえで核となる原則の一つである。政策目的を追求するためにこの原則の適用を除外するには、家族の統合に対する子どもの権利を保障する利益よりも当該政策目的を追求する利益のほうが上回ることを立証しなければならないと解される。自由権規約委員会の「見解」においても、前述のとおり、退去強制が家族の分離につながる場合には、家族・子どもの保護という利益を超えて当該退去強制を執行することを正当化するに足る根拠が締約国によって示されなければならないという解釈が表明されている。

(2) さらに、子どもの権利条約においては自由権規約やヨーロッパ人権条約よりも子どもの権利保障が強化されていることから、子どもの権利条約の締約国には、ヨーロッパ人権裁判所が採ってきた目的比例性アプローチにおける場合よりもさらに強い立証責任が課されていると解しなければならない。そのさいの重要な判断基準となるのが、後述するように、子どもの最善の利益の原則（条約3条）である。

(3) したがって、これらの国際的趨勢を踏まえ、外国人を自国内に受け入れるかどうか、また、これを受け入れる場合にいかなる条件を付するかは、専ら当該国家の立法政策にゆだねられており、当該国家が自由に決定することができるものとされている”という国際慣習法上の原則について、子どもの権利条約が“国際慣習法上の原則に変更を加えたものではない”とする国の主張の理解は失当であると言わざるをえない。

3 (1) 日本政府は子どもの権利条約の批准にあたり、「日本国政府は、児童の権利に関する条約第9条1項は、出入国管理法に基づく退去強制の結果として児童が父母から分離される場合に適用されるものではないと解釈するものであることを宣言する」との解釈宣言を行なっている。

(2) 解釈宣言とは、条約法に関するウィーン条約には明文の規定がないものの、「採択された条約の特定の規定、文言または事項の適用について複数の解釈が許容されている場合に、自国の了解を示しまたはそのなかの一つの解釈に限り拘束されるとの意思を表示するための一方的な宣言」であり、「このように自国の立場を明確化するためだけのものであり、採択された条約の文言の適用を変更したり排除したりするものではないと理解されている国際慣行である（例えば、条約法条約に関する国連国際法委注釈：山本草二『国際法【新版】』有斐閣、605～606頁）。

(3) 留保は、「日本国は」が主語であり、国会の批准承認案件の内容になっているが、当該解釈宣言は、「日本国政府は」を主語にし、批准承認案件に含まれていないことから明らかなように、日本政府の認識としても、あくまで政府による条約9条1項の解釈・運用を示したものにすぎず、その解釈の妥当性は当然司法審査の対象となる。しかも、当該解釈宣言は国際法上有効であるかどうか疑念が持たれるところであ

り、当該解釈宣言が行なわれた事実のみをもって条約9条1項の本文における適用を排除することはできない。

解釈宣言は「複数の解釈が許容されている場合に」認められるものであるところ、9条1項が「退去強制の結果として児童が父母から分離される場合」に適用されないという解釈は成り立つ余地がないためである。家族の再統合を目的とした出入国申請の取扱いについて定めた条約10条において9条1項への明示的言及が見られるように、親子の分離禁止原則が退去強制を含む出入国管理制度に適用されることは条約において前提とされている。親子の分離禁止原則を考慮してもなお退去強制が正当であるという判断が成り立つ可能性はあるものの、はじめから親子の分離禁止原則を適用しないとすることは許されない。かかる解釈宣言は、9条1項の事項的適用範囲の一部を適用除外にする効果を有する実質的な留保であり、かつ条約51条2項にいう「この条約の趣旨及び目的と両立しない留保」にあたる可言えよう。

(4) このような日本政府の解釈が成り立つ余地がないことは、以前からの子どもの権利委員会の議論においても明らかである。たとえば、イギリスが、同国に入国・滞在する資格のない者の出入国については適宜必要と思われる法律を適用する権利を留保していることに対し、子どもの権利委員会は、「委員会は、締約国が条約に対して行なった留保が幅広い性質のものであることを懸念する。このことは、条約の趣旨および目的との両立性に関して疑念を生ぜしめるものである。とくに国籍・出入国法の適用に関わる留保は、第2条、第3条、第9条および第10条も含む条約の原則および規定と両立しないように思える」として、条約9条に明示的に触れながら懸念を表明し(イギリスの第1回報告書に関する総括所見、パラグラフ7)、留保の再検討(同、パラグラフ22)および関連の法律・手続の見直し(同、パラグラフ29)を勧告・提案している。また、カナダに対しては、「条約第9条に照らし、家族の分離を生ぜしめる追

放を避けるための解決策も模索されるべきである」(カナダの第1回報告書に関する総括所見、パラグラフ24)との勧告も行なわれている。条約の規定の解釈・適用にあたって条約機関の判断を尊重する義務が締約国にあることは前述のとおりであり、このことから、9条1項を退去強制手続に適用しないとする政府の解釈宣言は許されない。

(5) さらに、子どもの権利委員会は、日本の第1回政府報告書を審査した後に採択した総括所見(1998年6月、CRC/C/15/Add.90)において当該解釈宣言に懸念を表明し(パラグラフ6)、その撤回を勧告している(パラグラフ28)。第2回の総括所見においても、同様の指摘がなされている(2004年1月、パラグラフ8、9)。

人権条約に対する留保・解釈宣言の妥当性を判断する権限と責任が条約機関に存することは、自由権規約との関連で自由権規約委員会が述べているとおりである(自由権規約委員会の一般的意見24号、パラグラフ18)。実際、これまでにノルウェー、パキスタン、イギリス、ユーゴスラビア等の国々が、子どもの権利委員会から勧告を受けた後に条約に対する留保・解釈宣言(またはその一部)を撤回しており、国際的にも子どもの権利委員会の判断は尊重されている。

したがって、日本政府が行なった9条1項に関する解釈宣言は本来撤回されるべきものであって、裁判所による9条1項の解釈において政府の解釈宣言を所与のもととする必要はない。

三 家族の再統合を目的とした出入国申請の取扱い(子どもの権利条約10条)

1 子どもの権利条約10条1項は、9条1項の規定を踏まえて以下のとおり規定している。

「前条1の規定に基づく締約国の義務に従い、家族の再統合を目的とする児童又はその父母による締約国への入国又は締約国からの出国の申

請については、締約国が積極的、人道的かつ迅速な方法で取り扱う。締約国は、更に、その申請の提出が申請者及びその家族の構成員に悪影響を及ぼさないことを確保する」

2 本規定は、家族の再統合のための出入国の申請が「積極的、人道的かつ迅速な方法」で取り扱われるべきことを定めたものである。本規定の文言上の適用対象は「締約国への入国又は締約国からの出国の申請」であるが、前述のように親の役割および家族の統合を重視する条約の趣旨および目的に照らせば、家族の統合の維持のための申請、すなわち退去強制に対する異議申立てや在留特別許可の申請にも適用されると解される。すなわち、家族の統合の維持を目的とした申請も、家族の再統合を目的とした出入国申請と同様に、「積極的、人道的かつ迅速な方法」で取り扱われなければならないということである。

この規定は、確かに、家族の統合の維持または再統合を目的とした申請を常に認める義務を締約国に課したものではない。しかし、「積極的」および「人道的」という文言は、条約の趣旨および目的に照らせば、単に出入国管理法の要件を満たさないからという理由に留まらず、申請を認めない積極的な正当化事由があることを立証できる場合にのみ当該申請の却下が許されると解するべきである。すなわち、申請を却下するのであれば、家族の統合の維持または再統合を子どもに保障することの利益と、当該申請を却下することの利益を比較衡量し、後者の利益のほうが上回ることが立証されなければならない。ここでも、子どもの最善の利益原則が重要な判断基準となる。

3 なお、日本政府は、本規定についても、「家族の再統合を目的とする締約国への入国又は締約国からの出国の申請を『積極的、人道的かつ迅速な方法』で取り扱うとの義務はそのような申請の結果に影響を与えるものではないと解釈する」旨の解釈宣言を行なっている。当該解釈宣

言についても、日本の第1回政府報告書を審査した後に採択した総括所見において、9条1項に関する解釈宣言とともに子どもの権利委員会から懸念が表明され、撤回を勧告されているのである。

いずれにせよ、当該解釈宣言は家族の統合の維持または再統合を目的とした申請を「積極的、人道的かつ迅速な方法」で取り扱う義務まで放棄するものではないため、本件において10条1項の適用を除外する理由とはならない。

四 子どもの最善の利益（子どもの権利条約3条）

1（1）9条1項および10条1項をはじめとする子どもの権利条約の規定に照らして本件各処分の妥当性を判断するさいにもっとも重要な基準となる子どもの最善の利益の原則について述べる。以下に述べるように、子どもの権利条約が求めているのは、単なる子どもの利益では、子どもの最善の利益であることに留意すべきである。

子どもの権利条約3条1項では、「児童に関するすべての措置をとるに当たっては、公的若しくは私的な社会福祉施設、裁判所、行政当局又は立法機関のいずれによって行われるものであっても、児童の最善の利益が主として考慮されるものとする。」として定められている。

この子どもの最善の利益の原則は、子どもの権利委員会による締約国報告書作成のガイドラインにおいて、差別の禁止（2条）、生命・生存・発達への権利（6条）、子どもの意見の尊重（12条）とともに、条約の一般原則に位置づけられている。3条1項は単なる理念規定に留まるものではない。これは、子どもの権利委員会の委員であったマルタ・サントス・パイス氏が述べるように、子どもの利益を親その他の主体や社会一般の利益から独立したものと位置づけ、「子どもに影響を与えるあらゆる状況、あらゆる決定において、可能性のあるさまざまな解決策を検討し、子どもの利益を正当に重視すること」（OHCHR et. al., Manual on Human Rights Reporting, United Nations, 1997, pp.419-420）を求めた判断基準であり、手

続上の原則である。

このことは、子どもの権利委員会が2013年に採択した、「自己の最善の利益を第一次的に考慮される子どもの権利 (第3条第1項)」に関する一般的意見14号において明確にされ、国際的に共有されている。そこでは、子どもの最善の利益が、(a) 直接適用 (自動執行) が可能であり、かつ裁判所で援用できる「実体的権利」、(b) ある法律上の規定に複数の解釈の余地がある場合、子どもの最善の利益にもっとも効果的にかなう解釈が選択されるべきであるという「基本的な法的解釈原理」、(c) 手続における具体的な評価・判定を求める「手続規則」から構成される「三層の概念」であることが強調されている (パラグラフ6)。

(2) 子どもの権利条約3条の「児童の最善の利益が主として考慮される」という規定について若干付言しておこう。「主として考慮」という文言からすると、他の考慮事項よりも優先して考慮されることを求めたものとは言えないように見える。しかし、英語の正文 *primary* を日本政府は、3条1項では「主として」と訳出し、親の子どもに対する養育・発達責任を規定した18条1項や27条2項では「第一義的」と訳しわけているように、「主として」という文言だけで解釈するのは誤りである。「主として考慮」という意味は、条約の審議過程からすると、各条において子どもの権利が具体的に規定されていること、また、子どもの最善の利益確定における子どもの意見表明の保障という手続が導入されていることなどにより、子どもの権利の具体的な内容というような考慮事項より常に優先しなければならない考慮事項ではなくなったということである。この原則は、条約の実施過程においては、上の日本に対する総括所見でも指摘されているように、条約の一般原則として位置づけられるとともに、法改正、司法上の決定、行政の決定などにおいて *primary* に考慮しなければならないものとして、解釈・運用されているのである。

したがって、子どもの最善の利益に部分的にまたは全面的に反する決

定を行なう場合、決定権者には、子どもの最善の利益以外の考慮事項を優先させる正当事由を示す責任があると解される。

このことは、子どもの権利委員会一般的意見14号においても次のように指摘されているとおりである。「ある決定を正当とする理由の説明において、この権利が明示的に考慮に入れられたことが示されなければならない。これとの関連で、締約国は、……決定においてこの権利がどのように尊重されたか—すなわち、何が子どもの最善の利益ののった対応であると考えられたか、それはどのような基準に基づくものであるか、および、子どもの利益が他の考慮事項とどのように比較衡量されたか—を説明することが求められる。」(パラグラフ6 (c))

さらに、他の利益との比較衡量について、委員会は次のように指摘している。

「……個別に考慮された子どもの最善の利益と、子どもたちの集団または子どもたち一般の最善の利益とが相反する可能性があるときは、すべての当事者の利益を慎重に比較衡量し、かつ適切な折衷策を見出すことによって、事案ごとの状況に応じて解決が図られなければならない。他者の権利が子どもの最善の利益と相反する場合も同様である。調和を図ることができないときは、公的機関および意思決定担当者はすべての関係者の権利の分析および比較衡量を行なわなければならない。その際、自己の最善の利益を第一次的に考慮される子どもの権利とは、子どもの利益が、単に複数の考慮事項のひとつとして扱われるのではなく、高い優先順位を与えられるということである点を念頭に置く必要がある。したがって、子どもにとって最善と思われる対応がより重視されなければならない。」(パラグラフ39)

2 (1) 子どもの最善の利益原則が退去強制、特別在留許可等の出入国管理手続にも適用されることは、子どもの権利委員会および各国の国内裁判所が一致して認めてきたところである。したがって、本件のような

退去強制処分・在留特別許可不許可処分等の可否を判断するにあたっては、子どもの最善の利益原則が適用されなければならない、「国際慣習法」上の原則とか、国際慣習法を前提にしているとかという理由で、当該処分が法務大臣の自由裁量にもとづくものであるということとはできない。

(2) 子どもの最善の利益に関して以前から指摘されていることについて、もう少し言及しておこう。例えば子どもの権利委員会は、定期報告書ガイドラインにおいて、子どもの最善の利益(3条)との関連で「家庭生活、学校生活、社会生活および次のような領域において、子どもの最善の利益がどのように第一義的に考慮されているかについての情報を提供されたい。」とし、「次のような領域」に「出入国管理、庇護申請および難民認定の手続」を含めている(パラグラフ35)。

子どもの権利委員会は、各締約国に宛てた総括所見のなかでも、出入国管理において子どもの最善の利益原則が適用されるべきことを表明してきた。例えば、イギリスが行なった関連の留保について、「国籍・出入国法の適用に関わる留保は、第2条、第3条、第9条および第10条も含む条約の原則および規定と両立しないように思える」と、3条に言及しながら懸念を表明したことは前述のとおりである。カナダに対して、「強制送還手続も含む難民および移民の子どもたちの保護に関わる事柄において、条約第22条および条約の一般原則、とくに子どもの最善の利益および子どもの意見の尊重を実施することに、同国がとくに配慮するよう」勧告を行なっている(カナダの第1回報告書に関する総括所見、パラグラフ24)。ドイツに対して、「亡命を希望している子どもおよび難民の子どもの特長なニーズおよび権利がどの程度考慮に入れられているのかについて、依然懸念を覚える。亡命を希望している子どもに関わる手続、とくに家族再会、安全な第三国への子どもの送還および『空港規制』に関する手続は、懸念の根拠となるものである。これとの関連で、委員会は、条約、とくに第2条、第3条、第12条、第22条および第37条

(d) に規定されている保障が遵守されておらず、かつ、条約第9条および第10条の実施に充分な関心が払われていないように思えることに、留意する。」旨の懸念を表明し（ドイツの第1回報告書に関する総括所見、パラグラフ19）、「条約の規定および原則、とりわけ第2条、第3条、第5条、第9条3項、第10条、第12条、第22条および第37条(d)と両立するかどうかという点をよく考慮」しながら関連の手續の改革を構想するよう勧告した（同、パラグラフ33）。ノルウェーに対する勧告はさらに直截なもので、「退去強制が親から子どもを分離することを意味する場合には子どもの最善の利益が考慮されることを確保するため、締約国が、退去強制決定が行なわれる手續を再検討するよう」勧告している（ノルウェーの第2回報告書に関する総括所見、パラグラフ31）。スウェーデンに対しても、「子どもが関わる庇護事件において子どもの最善の利益の原則が手續および決定の基礎および指針とされることを確保する」ために関連の指針・手續を改正するよう勧告が行なわれており、子どもの最善の利益が重視されている（スウェーデンの第3回報告書に関する総括所見、CRC/C/15/Add.248、パラグラフ22）。

日本に対しても、第3回定期報告書審査に基づく総括所見（CRC/C/JPN/CO/3、2010年6月）において、「そのような〔子どもの最善の利益の〕優越性が、難民および資格外移住者である子どもを含むすべての子どもの最善の利益を統合する義務的プロセスを通じ、すべての立法に正式にかつ体系的に統合されているわけではないこと」について特に懸念が表明され（パラグラフ37）、対応の強化が促された（パラグラフ38）。さらに、第4回・第5回定期報告書審査に基づく総括所見（CRC/C/JPN/CO/4-5、2019年2月）においては、子どもの庇護希望者・移住者・難民との関連で、「子どもに関連するすべての決定において子どもの最善の利益が第一次的に考慮され、かつノンフルマンの原則が維持されることを確保すること」が明示的に勧告されている（パラグラフ42(a)）。

(3) 子どもの権利委員会はさらに、「出身国外にあって保護者のいない子どもおよび養育者から分離された子どもの取扱い」に関する一般的意見6号(CRC/GC/2005/6)において、子どもの最善の利益とその他の考慮事項の衡量のあり方について次のように述べている。

「例外的に、子どもの最善の利益とその他の考慮事項との均衡を慎重に図った後であって、後者が権利を基盤とするものであってかつ子どもの最善の利益に優位するときは、出身国への帰還を手配することができる。子どもが国の安全または社会に対する重大な危険となるような状況がこれに該当しよう。一般的な出入国管理に関わるもののような権利を基盤としない主張は、最善の利益の考慮に優位することはできない。」(パラグラフ86)

また、子どもの権利委員会一般的意見22号(「国際移住の文脈にある子どもの人権についての一般的原则」2017年、移住労働者権利委員会との合同一般的意見)では、このような見解がさらに詳しく展開されている(パラグラフ27～33)。すなわち、

「締約国は、出入国関連法、移住政策の計画、実施および評価ならびに個別事案に関する決定において子どもの最善の利益が全面的に考慮されることを確保しなければならない。このような決定には、子どもの最善の利益が第一次的に考慮され、したがって高い優先順位を与えられなければならない、入国もしくは在留に関する申請の認容もしくは棄却……に関する決定が含まれる。」(パラグラフ29)

「とりわけ、子どもの最善の利益は、子どもの入国、在留もしくは送還、子どもの措置もしくはケア、または子ども自身の移住者資格と関連した親の拘禁もしくは追放に関わるいかなる行政上または司法上の決定においても、その不可欠な一部として、個別の手段を通じて明示的に確保されなければならない。」(パラグラフ30)

「子どもに影響を及ぼす可能性のある移住関連の手段または決定において子どもの最善の利益の原則を実施するため、移住者である子どもに

影響を及ぼす移住関連の決定その他の決定の一環としてまたはそのような決定の参考とする目的で、最善の利益評価・判定手続を制度的に実施する必要がある。」(パラグラフ31)

というのが両委員会の見解である。さらに、子どもの送還についても次のように述べている。

「締約国は、子どもの権利条約第3条にのっとり、子どもをその出身国に送還する旨のいかなる決定も、個別事案ごとに証拠に基づいて行なわれた検討を基礎として、かつ適切な適正手続の保障措置をともなった手続(子どもの最善の利益の確固たる個別的評価・判定を含む)にしたがって行なわれることを確保する義務を負う。この手続においては、とくに、子どもが帰還後ただちに安全を確保され、しかるべきケアを提供され、かつ諸権利を享受できるようにされることが確保されるべきである。一般的な移住管理に関連するもののような考慮事項が最善の利益に関わる考慮事項よりも優先されてはならない。」(パラグラフ33)

このように、退去強制や特別在留許可等の手続において子どもの最善の利益原則を適用することが締約国の義務であるという見解は、子どもの権利委員会によって確立されているのである。

(4) 子どもの権利委員会は、通報手続に関する子どもの権利条約の選択議定書(2011年)に基づいて提出される個人通報の審理も行なっており、出入国管理に関わる通報についても複数取り扱ってきた。

例えば、FGM(女性性器切除)のおそれがあるプントランド(ソマリア)に女兒を送還する旨の決定が条約に違反するかどうかについて争われたI.A.M. v デンマーク事件の決定(CRC/C/77/D/3/2016, 2018年)で、子どもの権利委員会は、プントランドに送還されれば申立人の娘は女性性器切除の対象とされるおそれがある旨の申立人の主張を評価する際、デンマーク政府が「子どもの最善の利益を考慮せず、かつ送還時に子どものウェルビーイングを確保するための適正な保障措置をとらなかった。」こと

をもって、条約3条・19条の違反があったと認定している（パラ11.9）。また、「送還先の国において子どもが女性性器切除などの回復不可能な有害慣行の対象とされるおそれについての評価は予防原則（the principle of precaution）に従って実施されるべきであり、受入れ国がこのような慣行から子どもを保護できないという合理的疑いが存在するときは、締約国は子どもの送還を行なわないようにするべきである。」（パラ11.8 (c)）と指摘されている点にも注目するべきである。

また、ベルギー人とモロッコ人のカップルに引き取られたモロッコ国籍の子どもが人道的査証の発給を受けられなかった事案について争われた Y.B. and N.S. v ベルギー事件の決定（CRC/C/79/DR/12/2017, 2018年）においても、子どもの権利委員会は、ベルギー政府が「〔申立人らの子ども〕のための査証申請を審査する際に子どもの最善の利益を具体的に考慮せず、かつ意見を聴かれる権利を同女に認めなかったこと」を理由に条約3条と12条の違反を認定しており（パラグラフ8.9）、前記最高裁平成25年9月4日決定の言うとおり、「家族という共同体の中における個人の尊重がより明確に認識されて」きている。

このように、出入国管理手続において子どもの最善の利益を具体的、明示的かつ第一次的に考慮すること、その際当事者である子どもの意見を聴取した上で正当に重視することが条約締約国の義務であることは、子どもの権利委員会の運用によって確立されているといえることができる。

3（1）子どもの最善の利益が退去強制等の手続に適用された事例は、各国の国内裁判所においても、これも以前から少なからず見られる。例えば、在留資格を有しない夫婦に対する国外退去強制命令についてフランス最高行政裁判所（コンセーユ・デタ）が1997年1月29日に言い渡した判決（CE4SS173470C, TORESS）においては、条約3条1項が援用され、退去強制命令が「明らかに判断を誤っている可能性がある。」ことが指摘

されている。

(2) また、1997年7月9日のカナダ連邦最高裁判所の判決は、子どもの最善の利益原則をはじめとする子どもの権利条約の規定を援用して、ジャマイカ国籍を有する母親 Baker に対するカナダ入管当局の退去命令を取り消した。その主要な論旨は以下のとおりである。カナダが子どもの権利条約を批准したこと、およびカナダが批准した他の国際文書において子どもの権利と最善の利益が重要視されていることは、連邦移民法第114条2項に基づく決定を行なうさいに子どもの利益を考慮することの重要性を示す。すなわち、子どもの権利条約にみられる価値・原則は、子どもの将来に関連し、それに影響を及ぼす決定を行なうさいに、子どもの権利とその最善の利益に注意深くあることの重要性を認める。また、同様のことを強調する他の国際文書もある。したがって、条約その他の国際文書の諸原則は、本件決定の合理性の有無の判断にあたって中心的となる諸価値を示す一助となる（村上正直「カナダの出入国行政における子どもの権利の考慮の一端—カナダ連邦最高裁判所 Baker 判決を中心に—」藤田久・松井芳郎・坂元茂樹編『人権法と人道法の新世紀』東信堂、2001年、119～147頁、とくに130～131頁）。

ここでは、退去強制等の処分を行なうにあたり、子どもの最善の利益原則をはじめとする子どもの権利条約の規定・原則が「中心的」な諸価値として考量されなければならないことが示されている。カナダ下級審裁判所においては、「決定者は、カナダに滞在する子どもがカナダ国民ではないからといって、その子の最善利益を無視することはできない。」として退去強制命令を取り消す判決も出されており（前掲論文・135頁）、締約国の国籍の有無が子どもの最善の利益原則の適用を排除する理由としないことも確認されているところである。

その後、カナダでは「出入国管理および難民保護法」が改正され（2002年）、人道的理由による在留特別許可等の検討にあたっては「直接影響

を受ける子どもの最善の利益」を考慮に入れるよう明示的に法務大臣に要請している (25条 1 項, 28条 2 項 (c), 67条 1 項 (c), 68条 1 項および69条 2 項)。

(3) さらに、オーストラリア最高裁判所は、1995年 4 月 7 日、子どもと家族を残して退去強制命令を出された男性からの司法審査請求事件であるテオ事件 (Minister for Immigration and Ethnic Affairs v Teoh [1995] 128 ALR 353) 判決において、とくに子どもの権利条約 3 条 1 項を援用し、当局が子どもの最善の利益を主たる考慮事項として扱うだろうという「正当な期待」(legitimate expectation) が生じているとして、当局による再審査を求めた。同判決は、子どもの最善の利益原則の適用方法についても、「条約に定める原則に目を向ける決定権者であれば、1つの主要な考慮事項として子どもの最善の利益に注意を払い、何らかの他の考慮事項の比重がそれを上回るかどうかを問うたであろう。」と述べ、そのような手続が踏まれないかぎり手続的公正さを欠くと判示している。

すなわち、「退去強制が家族の分離につながる場合には、家族・子どもの保護という利益を超えて当該退去強制を執行することを正当化するに足る根拠が締約国によって示されなければならない。」という、本意見書で繰り返し述べてきた主張は、上記のように、すでに1990年代の後半には確認されているのである。

4 このように子どもの最善の利益を考慮しながら、「家族・子どもの保護という利益を超えて当該退去強制を執行することを正当化するに足る根拠」の有無を判断するにあたっては、最大限の発達への子どもの権利 (条約 6 条 2 項), 意見を正當に尊重される子どもの権利 (同12条), 父母の共同養育責任 (同18条 1 項), 教育への子どもの権利 (同28条・29条) をはじめとする条約上の諸規定を踏まえ、退去強制された場合に予想される影響等も念頭において総合的な判断を行なうことが求められる。

この点、子どもの権利委員会は、子どもの最善の利益を評価する際の

考慮事項として、(a) 子どもの意見、(b) 子どものアイデンティティ、(c) 家庭環境の保全および関係の維持、(d) 子どものケア、保護および安全、(e) 脆弱な状況、(f) 健康に対する子どもの権利、(g) 教育に対する子どもの権利をとくに挙げている（一般的意見14号、パラグラフ52～79）。(a) との関連で、「子どもの意見を考慮に入れない、または子どもの年齢および成熟度にしたがってその意見を正当に重視しないいかなる決定も、子ども（たち）が自己の最善の利益の判定に影響を及ぼす可能性を尊重していないことになる」と指摘されていることも重要である（パラグラフ53）。

そのさい、憶測や希望的観測にもとづくのではなく、ある程度の客観的な裏付けにもとづいて判断を行なうことが必要である。例えば子どもの権利委員会は、ノルウェーに対し、「刑事犯罪で有罪とされた外国人を退去強制する決定が行なわれるさい、退去強制の対象とされる者の子どもに当該決定が及ぼす影響に関する専門家の意見が制度的に参照および考慮されていないこと」についての懸念を表明し（ノルウェーの第2回報告書に関する総括所見、パラグラフ30）、退去強制の結果として子どもに及ぼされる影響について専門家の意見が制度的に参照・考慮されなければならないという解釈をすでに示していた。

さらに、最近では、国連・子どもの権利委員会の一般的意見23号／国連・移住労働者権利委員会の一般的意見4号（「出身国、通過国、目的地国および帰還国における、国際的移住の文脈にある子どもの人権についての国家の義務」、2017年）において、以下のように指摘していることも重要である。

「両委員会は、入国または滞在関連の出入国管理法違反に基づく一方または双方の親の追放によって家族の一体性を破壊することは比例性を欠くという見解に立つ。家族生活の制限に固有の犠牲および子どもの生命および発達に対する影響が、出入国管理関連の不法行為を理由として領域を離れるよう親に強制することから得られる利益を下回ることはないからである [23]。移住者である子どもおよびその家族はまた、追放

が家族生活および私生活に対する権利への恣意的干渉である場合にも保護されるべきである [24]。両委員会は、国が、非正規な状況下で子どもとともに在留している移住者を対象として、とくに子どもが目的地国で出生しておりもしくは長期間生活している場合または親の出身国への帰還が子どもの最善の利益に反する場合には、地位の正規化のための経路を用意するよう勧告する。親の追放が刑事犯罪を理由とするものである場合、比例性の原則ならびに人権に関わるその他の原則および基準も考慮しながら、その子どもの権利（自己の最善の利益を第一次的に考慮される権利および意見を聴かれ、かつ意見を真剣に受けとめられる権利を含む）が確保されるべきである。」（パラグラフ29）

注 [23] 米州人権裁判所・勧告的意見 OC.21/14 (2014年 8月19日), パラグラフ 280参照。ちなみに、パラグラフ280の関連事項は以下の通りである。

* 米州人権裁判所「子どもの法的地位および人権に関する勧告的意見」(OC.21/14, 2014年 8月19日) <https://www.refworld.org/cases,IACRTHR,54129c854.html>
「……子どもが当該国に永住する法的条件を満たしている状況においては、子どもが当該国において家族生活を享受し続ける権利、および、当該権利の構成要素として親子が同居することの相互の享受を保全できなければならないことは自明である。……」

注 [24] 移住労働者権利委員会・一般的意見 2号 (2013年), パラ50参照。

また、同一般的意見の以下のパラグラフも、本件に深く関連する。

「出身国における家族再統合は、そのような帰還が子どもの人権侵害につながるであろう『合理のおそれ』がある場合には追求されるべきではない。出身国における家族再統合が子どもの最善の利益にかなうものではない場合または帰還を妨げる法的その他の障壁のために不可能である場合は、子どもの権利条約第9条および第10条に基づく義務が発動されるのであり、このような場合における、家族再統合に関する国の決定はこれらの義務によって規律されるべきである。親がその子どもと再統合できるようにし、かつ（または）子どもの最善の利益に基づいて親の地位を正規化するための措置を整備することが求められる。国は、子どもの最善の利益にのっとって家族再統合手続を迅速なやり方で終了させ

るため、このような手続を容易にするべきである。国は、家族再統合を確定する際、最善の利益認定手続を適用するよう勧告される。」(パラグラフ35)

5 国の主張は、この点について、親子不分離原則を理由にして、親を強制送還するしかない以上、子どもも多少の困難があるとしても送還するほかないというような趣旨であるが、すでに述べたように、この主張は子どもの最善の利益を考慮した親子不分離原則の重視とは言えないのである。

国の主張は、原告子らが環境の変化に対する順応性や可塑性に富む年齢にあるから、たとえ本国に帰国した当初、言語や生活習慣の面で多少困難があるとしても、現地での生活を経験することにより、時の経過とともに、言語や生活習慣を身に付け、十分に生活環境になじみ得るものと考えられるというものであるが、この主張は、希望的観測に過ぎず、子どもの送還が子どもの心身の発達に対し及ぼす悪影響を十分に検討しているとはどうてい評価することができない。このような認識は子どもの最善の利益原則を十分に踏まえたものとは言えず、子どもの権利条約で保障されている種々の権利を侵害するおそれがあるものである。

原告らの状況からすれば、退去強制が執行されることになれば、子どもの最善の利益が確保しえないことは明白である。本件の審理においては、子どもの権利条約の趣旨や規定を踏まえ、この点を十分に審理することが求められている。とりわけ、何度も繰り返しているように、子どもの意見を聴かずして判断することは許されない。

なお、国は、18歳を過ぎているので子どもの権利条約の適用外という主張もしているが、当該人も人生の大部分を日本文化のなかで過ごしているものであり、「子ども・若者育成支援推進法」(平成21年法律第71号)においては、「……児童の権利に関する条約の理念にのっとり」(第1条)、「子ども・若者について、個人としての尊厳が重んぜられ、……その意

見を十分に尊重しつつ、その最善の利益を考慮すること。」(第2条)として、意見の尊重や最善の利益考慮の対象を18歳未満に区切らず、子ども・若者育成支援の基本理念にしていることを忘れてはならない。

第5 結語

国および裁判所には、本件において争われている在留特別許可に関わる処分の合法性について判断するにあたり、以上申し述べてきたような形で国際人権規約や子どもの権利条約等の人権条約の規定を適用する義務が存する。現行出入国管理制度の枠内で形式的に人権条約の規定を参照するという国の姿勢は、憲法98条2項にいう条約の誠実遵守義務に照らして許されない。憲法の要請に基づき、人権条約に照らした判断が行なわれることを望む。さらに、児童福祉法をはじめ国内法で「児童の権利に関する条約の趣旨」にのっとり、子どもの権利(とりわけ、子どもの最善の利益を第一義的に考慮し、そのさい子どもの意見を聴きそれを尊重すること)を尊重する近年の法制定・改正に趣旨にも反するのである。